

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Les droits de l'enfant à l'enseignement et la participation de l'enfant aux choix scolaires**

Rasson, Anne-Catherine; Rasson-Roland, Anne

*Published in:*

Le droit de l'enfant au respect

*Publication date:*

2013

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Rasson, A-C & Rasson-Roland, A 2013, Les droits de l'enfant à l'enseignement et la participation de l'enfant aux choix scolaires. Dans T Moreau, A Rasson-Roland & M Verdussen (eds), *Le droit de l'enfant au respect*. Anthemis, Limal, p. 81-111.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Chapitre 1

# Le droit belge

## Les droits de l'enfant à l'enseignement et la participation de l'enfant aux choix scolaires

Anne-Catherine RASSON

Assistante à l'UNamur

Professeur invité à la Haute École Francisco Ferrer

Anne RASSON-ROLAND

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Référéndaire à la Cour constitutionnelle

### Introduction

«Les enfants méritent respect, confiance et bienveillance»<sup>1</sup>, enseigne Janusz Korczak. Ce droit au respect que l'enfant mérite, nous allons l'explorer par le prisme du respect de ses droits fondamentaux.

L'enfant, pour le juriste, est la personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans et qui n'a donc pas la capacité juridique pleine et entière<sup>2</sup>. Elle dépend d'autres personnes pour l'exercice des droits fondamentaux qui pourtant lui reviennent pleinement, en tant que sujet de droit<sup>3</sup>. L'enfant doit aussi être protégé, compte tenu de sa fragilité, y compris contre lui-même, puis accompagné dans son apprentissage de l'autonomie, ce qui implique, selon nous, un

<sup>1</sup> J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect*, Paris, Faber, 2009, p. 30.

<sup>2</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989 et approuvée en Belgique par la loi du 25 novembre 1991.

<sup>3</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique, Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 1604 et références en notes 24 à 26.

exercice progressif de ses droits fondamentaux<sup>4</sup>. Garantir un respect effectif des droits de l'enfant relève ainsi de la responsabilité des adultes qui ont une fonction éducative, ce qui confère une dimension horizontale aux droits de l'enfant. C'est vrai dans la famille; c'est vrai aussi à l'école.

Longtemps l'école est restée un lieu de «non droit», comme l'a écrit Paul Martens<sup>5</sup>. Une évolution est en marche. Elle est pour nous essentielle, particulièrement dans un système scolaire qui n'a plus pour but exclusif la transmission d'un savoir, mais aussi celle de compétences, de savoir-faire, de savoir-être<sup>6</sup>. Comment éduquer dans cette perspective, sans mettre soi-même en pratique les droits fondamentaux? Janusz Korczak nous dit à cet égard que la cogestion démocratique qu'il pratiquait dans sa maison a fait de lui un «éducateur constitutionnel», «qui ne fait pas de mal aux enfants, non par affection, mais parce qu'il existe une institution qui les défend contre l'illégalité, l'arbitraire et le despotisme de l'éducateur»<sup>7</sup>.

Devant l'étendue du sujet, nous avons dû faire des choix, en concertation avec les autres intervenants. Notre intervention se déclinera comme un jeu d'enfants, les poupées russes.

La première poupée fixera le cadre constitutionnel en matière d'enseignement en Belgique. Nous verrons comment les droits de l'enfant ont trouvé progressivement leur place.

Dans ce vaste champ de réflexion, nous pointerons, dans une deuxième poupée russe, la question du choix de l'école et de l'orientation. L'autorité parentale conjointe peut, en effet, donner lieu à des conflits et à l'intervention

<sup>4</sup> *Idem*, p. 1606. Francis Delpérée plaide déjà en 1992 pour établir une distinction entre les droits de l'enfant et ceux de l'adolescent («La Constitution belge et la Convention relative aux droits de l'enfant», in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, p. 91). Voy. aussi J.-L. RENCHON, F. REUSSENS et G. WILLEMS, «Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales», *Les droits de la personnalité*, Actes du X<sup>e</sup> colloque de l'association Famille et droit organisé à Louvain-la-Neuve le 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 131 à 195: «L'approche de la majorité se trouve dès lors ponctuée d'une phase transitoire, au cours de laquelle le mineur doué de discernement, généralement incapable sur le plan civil, accède à une relative autonomie – que d'aucuns qualifient de «prémajorité» ou de semi-capacité – lui permettant de poser valablement certains actes, particulièrement dans les domaines éminemment personnels, sans devoir passer par le mécanisme de la représentation légale. L'enjeu est alors de savoir ce qui subsiste des pouvoirs d'éducation et de direction des père et mère et dans quelle mesure cette accession progressive à la majorité pourrait emporter pour le mineur la possibilité d'opérer ses choix en toute liberté, notamment dans les domaines qui touchent de près sa sphère d'intimité» (p. 154).

<sup>5</sup> P. MARTENS, «Les droits de l'homme: à l'école aussi?», A.P.T., 1989, pp. 225 à 242.

<sup>6</sup> Voy. notamment le décret de la Communauté française du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, surnommé décret «missions».

<sup>7</sup> J. KORZAK, cité par J. LE GAL, *Les droits de l'enfant à l'école. Pour une éducation à la citoyenneté*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 194.

du juge qui est ainsi amené, petit à petit, à prendre une place importante dans la vie scolaire de l'enfant.

Enfin, la troisième poupée russe, la plus petite, mais aussi la plus intime, abordera la question de savoir comment l'enfant a voix au chapitre et peut participer aux décisions le concernant.

## I. La première poupée russe: le cadre constitutionnel belge en matière d'enseignement

Le droit constitutionnel relatif à l'enseignement est consacré à l'article 24 de la Constitution belge.

Cet article est inséré dans la Constitution en 1988 et, dans la foulée, la Cour constitutionnelle<sup>8</sup> est devenue gardienne de son respect par les normes législatives<sup>9</sup>, en particulier les décrets des communautés, devenues très largement compétentes en matière d'enseignement. Avant la modification constitutionnelle de 1988, le droit relatif à l'enseignement avait déjà connu une longue évolution, étroitement liée à l'histoire de l'État belge. La retracer dépasse largement le cadre de cette contribution, mais nous pouvons renvoyer aux excellents ouvrages qui ont été rédigés sur le sujet<sup>10</sup>.

L'article 24 de la Constitution protège la liberté d'enseignement des pouvoirs organisateurs et des parents (§ 1<sup>er</sup>), ainsi que leur droit à l'égalité (§ 4), mais elle protège aussi les droits des élèves – obligation scolaire et respect de leurs convictions (§ 1<sup>er</sup>), droit à l'enseignement, respect de leurs droits fondamentaux et de leurs libertés, gratuité de l'enseignement (§ 3) et droit à l'égalité (§ 4).

Comment ont été articulés ces divers droits constitutionnels qui sont, dans bien des cas, en conflit?

<sup>8</sup> Jusqu'en 2007, la Cour constitutionnelle s'appelait Cour d'arbitrage. Néanmoins, pour la simplification du propos, nous la nommerons, dans la présente contribution, Cour constitutionnelle.

<sup>9</sup> Article 142, alinéa 2, 2<sup>e</sup>, de la Constitution.

<sup>10</sup> Voy. entre autres A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 427 à 434; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique, Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., vol. 2, pp. 1175 à 1191; D. GROOTAERS, *Histoire de l'enseignement en Belgique*, Bruxelles, Centre de recherche et d'information socio-politiques (CRISP), 1998; P. VANDERNOOT et J. SOHIER, «Le décret "missions" de la Communauté française du 24 juillet 1997: de la liberté de l'enseignement à la liberté dans l'enseignement?», in *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement. Approche interdisciplinaire*, Actes du colloque du 25 septembre 1998, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 131 à 184; J. TYSSENS, «Vrijheid van onderwijs, schoolconflict en pacificatie in België: enkele historische perspectieven», T.O.R.B., 1994-1995, pp. 91 à 99; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 615 à 617.

## A. D'une liberté d'enseignement absolue à une liberté «surveillée»

Dans un premier temps, le droit constitutionnel de l'enseignement fut l'héritier de la révolution belge: c'est en réaction au despotisme hollandais qu'a été consacrée la liberté d'enseignement, au même titre que les libertés d'opinion et de religion. Les révolutionnaires étaient guidés par le précepte: «la liberté en tout et pour tous»<sup>11</sup>.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, la liberté d'enseignement était conçue très largement. Oscar Orban écrivait en 1911 que cette liberté impliquait:

«1<sup>o</sup> le droit de chacun d'ouvrir des écoles [...], 2<sup>o</sup> le droit de chacun d'exercer la profession d'instituteur ou de professeur sans qualification officielle, sans condition, sans brevet, sans diplôme, 3<sup>o</sup> la liberté des programmes, du choix et du plan des matières, 4<sup>o</sup> la liberté des méthodes et des procédés pédagogiques, 5<sup>o</sup> le libre choix de la langue véhiculaire, 6<sup>o</sup> la liberté complète quant au caractère religieux, confessionnel ou neutre à donner à l'enseignement, 7<sup>o</sup> le droit de conférer des certificats et des diplômes, l'égalité, à conditions égales, des avantages politiques [...] et académiques [...] pour les deux espèces d'enseignements»<sup>12</sup>.

Au fil du temps, deux grandes libertés ont émergé: la liberté «active» et la liberté «passive». La première appartient aux pouvoirs organisateurs, qui peuvent ouvrir et organiser une école selon leurs valeurs philosophiques, idéologiques et religieuses. La seconde appartient aux parents, qui peuvent choisir, pour leur enfant, l'école et l'enseignement d'une des religions reconnues ou de la morale non confessionnelle<sup>13</sup>. Selon la Cour constitutionnelle, cependant, ces deux libertés sont intimement liées:

«La liberté de choix des parents ne saurait être dissociée du droit de créer des établissements d'enseignement et du droit au subventionnement que possèdent lesdits établissements. En effet, le libre choix des parents ne peut être pleinement réalisé que si la liberté des pouvoirs organisateurs d'organiser un enseignement et le droit au subventionnement que possède en principe cet enseignement ne sont pas limités de manière illégitime.»<sup>14</sup>

<sup>11</sup> M. EL BERHOUMI, «La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 1999-2008», *Dossiers du J.T.*, n° 73, 2009, p. 9; R. ERGEC, *Introduction au droit public. Tome II. Les droits et libertés*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 189; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 615 et 616.

<sup>12</sup> P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 134 qui citent O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège-Paris, 1911, t. III, pp. 507 et 508.

<sup>13</sup> A. ALÉN et K. MUYLLE, *op. cit.*, p. 427 et pp. 436 à 440; M. EL BERHOUMI, «La liberté d'enseignement...», *op. cit.*, pp. 12 et 13; M. EL BERHOUMI, «La liberté d'enseignement entre érosion et résistance», *Revue nouvelle*, mars 2013, p. 33; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 617 à 627. Certains de ces auteurs évoquent également la liberté académique des professeurs et des chercheurs.

<sup>14</sup> C.C., 2 avril 1992, n° 25/92, 4.B.3; C.C., 2 avril 1992, n° 28/92, 6.B.4.

Nonobstant la volonté des révolutionnaires belges, le caractère absolu de la liberté d'enseignement a petit à petit cédé le pas à d'autres droits, tels l'obligation scolaire<sup>15</sup>, l'égalité, la qualité de l'enseignement<sup>16</sup>, les droits de la défense<sup>17</sup>. La liberté d'enseignement, tant active que passive, devint alors, selon certains auteurs, une «liberté surveillée»<sup>18</sup>. La Cour constitutionnelle qui a été, dès le début des années 1990, saisie de nombreux recours en matière d'enseignement a cherché un juste équilibre entre les divers droits qui étaient invoqués devant elle. Néanmoins, la liberté d'enseignement restait la pierre angulaire sur laquelle les autres droits devaient s'articuler<sup>19</sup>.

## B. D'une liberté d'enseignement «surveillée» aux droits de l'enfant

Parallèlement, les droits de l'enfant ont progressivement émergé. Tout d'abord, la Convention relative aux droits de l'enfant a été adoptée en 1989 et ratifiée par la Belgique en 1991. Puis, en 2000, un article 22bis a été inséré dans la Constitution. Il consacre le droit de chaque enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. En 2008, cet article 22bis a été complété. Il reconnaît désormais le droit des enfants de s'exprimer, leur droit au développement et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>20</sup>.

Cette évolution qui positionne l'enfant en tant que sujet de droit va quelque peu modifier le cadre constitutionnel belge en matière d'enseignement<sup>21</sup>. La consécration du droit à l'instruction des enfants et du respect de leur intégrité illustre ce propos.

<sup>15</sup> «La liberté de l'enseignement n'inclut pas la liberté de l'ignorance» (P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 138, qui citent A. GIRON, *Le droit public de la Belgique*, Bruxelles, 1884, p. 463).

<sup>16</sup> Voy. notamment le décret «missions» cité. En ce sens M. EL BERHOUMI, «La liberté d'enseignement entre érosion et résistance», *op. cit.*, p. 35.

<sup>17</sup> Pour plus de développements sur chacune de ces évolutions: X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», *op. cit.*, pp. 1182 à 1211; P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, notamment pp. 161 à 201.

<sup>18</sup> R. ERGEC, *op. cit.*, p. 194. Voy. également X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», *op. cit.*, pp. 1182 et 1183; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 617.

<sup>19</sup> X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», *op. cit.*, pp. 1190 et 1193; P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 144 et pp. 161 à 166. Pour plus de développements sur cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. *idem*, pp. 171 à 183. Voy. aussi F. DELPERÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, «Table ronde: L'école, la religion et la Constitution. Belgique», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1996, pp. 177 à 188.

<sup>20</sup> Voy. sur ces révisions de la Constitution, A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, «Les droits constitutionnels des enfants», *op. cit.*, pp. 1599 à 1636.

<sup>21</sup> Voy. e. a. A. ALÉN et K. MUYLLE, *op. cit.*, pp. 444 et 446; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», *op. cit.*, pp. 1193 à 1211; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 640 à 643.

## 1. Le droit à l'instruction

Si l'article 24 de la Constitution a été construit autour de la liberté d'enseignement, les articles 28 et 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant mettent en évidence, quant à eux, le droit de l'enfant à l'instruction. L'article 29.2, est particulièrement net à cet égard :

«Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites.»<sup>22</sup>

La liberté d'enseignement est ainsi reconnue, mais doit s'articuler autour du droit à l'éducation des enfants. Cette analyse est confirmée par le Comité des droits de l'enfant : si « le droit de choisir un enseignement hors du système étatique est important, non seulement pour protéger les libertés individuelles, mais parce qu'il n'existe pas d'archétype de "bonne éducation" et [si] les systèmes éducatifs doivent permettre ce type de souplesse »<sup>23</sup>, le respect, pour tout type d'enseignement, de l'article 29.1 et des normes minimales de l'État s'impose<sup>24</sup>. Les Directives générales pour les rapports périodiques du même Comité vont dans le même sens<sup>25</sup>.

L'article 13.1 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels protège également, en priorité, ce droit « à l'éducation » des élèves. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels note à cet égard que :

« compte tenu des principes de non-discrimination, d'égalité des chances et de participation effective de tous à la vie en société, l'État est tenu de veiller à

<sup>22</sup> Nous soulignons. L'article 29.1 de la CIDE dispose :

« Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations unies ;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel. »

<sup>23</sup> UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Publications des Nations unies, Bureau régional pour l'Europe, Atar Roto Presse, Genève, décembre 2002, p. 471.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 472.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 455.

ce que la liberté ne se traduise pas par des disparités extrêmes des possibilités d'éducation pour certains groupes sociaux»<sup>26</sup>.

L'article 2 du Premier Protocole additionnel de la Convention relative aux droits de l'homme énonce, quant à lui :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

À nouveau ici, l'accent est mis sur les droits de l'enfant. Certes, « l'article 2 du Premier Protocole n'a pas été aisé à adopter, tant les réticences étaient fortes à l'égard de l'éventualité d'en inférer l'obligation pour l'État de participer au financement des établissements privés »<sup>27</sup>. Cependant, la formule négative de l'article ne diminue nullement l'importance du droit à l'instruction qui est bien, selon la Cour européenne des droits de l'homme, un véritable droit<sup>28</sup>.

Si, dans un premier temps, ce droit à l'instruction fut « le véritable parent pauvre du corpus prétorien strasbourgeois »<sup>29</sup>, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Michel Levinet observe en ce sens que, si l'article 2 du protocole additionnel protège, d'une part, le droit au respect des convictions religieuses et philosophiques des parents et, d'autre part, le droit à l'instruction de l'enfant, ce dernier a pris « les allures d'un droit fondamental matriciel »<sup>30</sup> qui prévaut sur le premier<sup>31</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle belge a, elle aussi, récemment placé au centre de ses préoccupations les droits de l'enfant et notamment son droit à

<sup>26</sup> *Idem* qui cite le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations générales n° 13, 1999, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 29 et 30.

<sup>27</sup> M. LEVINET, « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 87/2011, pp. 483 à 484. Voy. également F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2012, PUF, 12<sup>e</sup> éd., p. 597.

<sup>28</sup> F. SUDRE, *op. cit.*, p. 598. Voy. Cour eur. D.H., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, § I.B.3. Voy. également J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 640 et 641.

<sup>29</sup> M. LEVINET, *op. cit.*, pp. 483 à 484. Il se réfère particulièrement à l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976 (req. n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72).

<sup>30</sup> *Idem*, p. 485. Jean-François Renucci, quant à lui, parle de « droit fondamental » (*Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2001, p. 271).

<sup>31</sup> M. LEVINET, *op. cit.*, pp. 488 et 492 à 495. À titre d'illustration : Cour eur. D.H., 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, req. 7511/76, 7743/76, § 36.

l'instruction et la prise en considération de son intérêt<sup>32</sup>. L'arrêt n° 107/2009 concernant l'enseignement à domicile<sup>33</sup> mérite l'attention car la Cour y invoque, pour la première fois, l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution.

Se fondant expressément sur cet article, ainsi que sur l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et sur les articles 28.1 et 29.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, la Cour constitutionnelle limite la liberté de choix des parents. En effet, celle-ci « doit s'interpréter en tenant compte, d'une part, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit fondamental à l'enseignement et, d'autre part, du respect de l'obligation scolaire »<sup>34</sup>. Cet intérêt supérieur limite également la liberté des enseignants<sup>35</sup> et la liberté d'expression dans l'enseignement<sup>36</sup>. La Cour appuie son raisonnement par un renvoi à plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que « lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment »<sup>37</sup>. Le juge constitutionnel précise encore que les libertés invoquées doivent se concilier « avec l'objectif d'ouvrir l'esprit des enfants au pluralisme et à la tolérance, qui sont essentiels à la démocratie »<sup>38</sup> et que le droit à l'enseignement de l'enfant s'exerce, conformément à l'article 24, § 3, de la Constitution, « dans le respect des libertés et droits fondamentaux », parmi lesquels figurent tant le Titre II de la Constitution que la Convention européenne des droits de l'homme<sup>39</sup>. Dans cet arrêt, la Cour indique également que la qualité de l'enseignement et le niveau d'études à atteindre doivent être pris en compte dans l'appréciation des limites à la liberté d'enseignement<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> M. EL BERHOUMI, « La liberté de l'enseignement... », *op. cit.*, pp. 84, 85 et spéc. 98; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », *op. cit.*, p. 1193; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 626.

<sup>33</sup> C.C., 9 juillet 2009, n° 107/2009. Pour des commentaires sur cet arrêt, voy. M. EL BERHOUMI, « L'enseignement à domicile perquisitionné », *J.T.*, 2009, pp. 701 à 705; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », *op. cit.*, pp. 1194 et 1195; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1628 et 1629. E. BREMS, S. OUALD CHAIB et S. SMET montrent également la tension entre liberté d'enseignement et droit à l'instruction des élèves dans leur analyse de l'arrêt (« Les droits constitutionnels conflictuels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 308 à 312).

<sup>34</sup> C.C., n° 107/2009, cité, B.16.2.

<sup>35</sup> C.C., cité, B.17.2.

<sup>36</sup> *Idem.*, B.17.3.

<sup>37</sup> *Idem.*, B.17.2.

<sup>38</sup> *Idem.*, B.17.3.

<sup>39</sup> *Idem.*, B.19.1.

<sup>40</sup> *Idem.*, B.23.4.

Elle en conclut qu' :

« il n'est pas déraisonnable de considérer que l'échec répété du mineur instruit à domicile constitue l'indice de carences dans l'enseignement qui lui est dispensé, de sorte qu'il est conforme à la fois à l'objectif de garantir le droit de tout mineur à l'enseignement et à l'intérêt du mineur concerné de prévoir un changement dans le type d'enseignement [...] »<sup>41</sup>.

Au terme de l'arrêt, les deux droits fondamentaux de l'enfant restent étroitement liés<sup>42</sup>.

Cet arrêt, confirmé quelques mois plus tard<sup>43</sup>, montre que la Cour constitutionnelle prend actuellement comme pierre angulaire le droit à l'instruction des élèves autour duquel la liberté d'enseignement doit s'articuler<sup>44</sup>.

Xavier Delgrange et Mathias El Berhoumi relèvent également que le cœur du droit constitutionnel en matière d'enseignement a évolué :

« à la liberté, exclusivité des adultes, soit qu'ils enseignent soit qu'ils choisissent l'enseignement pour leurs enfants, s'est adjoint le droit à l'enseignement, reconnu à tout enfant qui est même tenu d'en jouir. Davantage que la liberté d'enseignement, c'est désormais l'égalité des enfants dans la jouissance de leur droit à l'enseignement qui est devenue la préoccupation majeure des responsables politiques. [...] Aujourd'hui, c'est désormais autour du droit des élèves que se construisent la législation et la jurisprudence constitutionnelle »<sup>45</sup>.

Cette évolution en faveur du respect du droit des élèves à bénéficier d'une instruction conforme à leur intérêt nous paraît essentielle. En effet, la liberté d'enseignement, liberté constitutionnelle incontestable à l'heure actuelle, béné-

<sup>41</sup> *Idem.*, B.34.5.

<sup>42</sup> Saisi de cette problématique, le Conseil d'État tient un même raisonnement dans l'arrêt n° 87.093 (C.E., arrêt ASBL École Notre-Dame de la Sainte-Espérance, n° 87.093, du 9 mai 2000), en se fondant sur l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la CIDE. Cet arrêt, rendu sur demande de suspension, conclut au non-sérieux du moyen. L'arrêt rendu sur le recours en annulation n'aborde plus ce grief, car le Conseil d'État annule l'acte attaqué pour incompétence, sur un moyen pris d'office (C.E., arrêt ASBL École Notre-Dame de la Sainte-Espérance e.a., n° 159.340, du 30 mai 2006).

<sup>43</sup> C.C., 29 octobre 2009, n° 168/2009.

<sup>44</sup> En ce sens E. BREMS, S. OUALD CHAIB et S. SMET, « Les droits constitutionnels conflictuels », *op. cit.*, p. 309 : « Dans le cadre du test de la proportionnalité, la Cour met fortement l'accent sur la subordination du libre choix des parents tant au droit à l'instruction de l'enfant qu'à l'intérêt général ». Voy. aussi A. RASSON-ROLAND, « Une approche comparative des droits de l'enfant : Quelques variations sur Les jeux d'enfants », Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, Limal, 2010, pp. 633 et 634 : « Une protection effective de l'enfant contre ses parents, par exemple en cas de violence familiale ou d'« embrigadement spirituel », implique des obligations positives pour l'État, de manière à garantir une application horizontale des droits de l'enfant. Ainsi, faire respecter le droit à l'éducation peut conduire à refuser aux parents le droit à la non-scolarisation « sociale » de leurs enfants par une éducation à la maison ».

<sup>45</sup> X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », *op. cit.*, pp. 1175 et 1291.

ficie essentiellement à ceux qui peuvent la saisir et en tirer tous les bénéfices. L'importance qui lui fut donnée en Belgique, jusque récemment, au détriment des droits de l'enfant, a ainsi conduit à la création d'un véritable marché scolaire qui profite à ceux qui disposent d'un capital économique et, surtout, d'un capital culturel au sens de Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron<sup>46</sup>. Ces auteurs ont démontré que les étudiants qui entraient dans le système scolaire avec un haut capital réussissaient plus et mieux que les autres, comme si l'école n'avait aucun impact, sauf exceptions, sur la redistribution des chances scolaires des enfants<sup>47</sup>. Par ailleurs, un rapport de l'OCDE de 2007 permet de montrer que :

« plus la liberté de choix est grande, plus l'enseignement est inéquitable. [...] Plus un pays accorde de l'importance au critère de proximité (par opposition au critère de libre choix sur un marché scolaire), plus faible est la ségrégation sociale dans son enseignement »<sup>48</sup>.

En ce sens, l'Unicef a souligné récemment que :

« parmi les pays riches, les inégalités en matière d'enseignement sont les plus grandes en Belgique. L'instance la plus haute dans le domaine des droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, est très inquiète quant aux inégalités scolaires dans notre pays »<sup>49</sup>.

Nous pensons donc que le déplacement du curseur de la liberté d'enseignement vers les droits de tous les enfants, peu importe leur capital à l'entrée du parcours scolaire, donne aux enfants le respect qu'ils méritent :

« L'école idéale serait une école où tous les enfants seraient capables de s'améliorer, où tout le monde a la chance de progresser »<sup>50</sup>.

## 2. Le droit à l'intégrité et les châtiments corporels

À côté du droit à l'instruction en tant que tel, il nous a semblé pertinent d'approfondir les problèmes de violence à l'école qui sont préoccupants, comme le montrent encore deux numéros récents de la revue *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> P. BOURDIEU et J.-C. PASSERON, *Les Héritiers. Les étudiants et la culture*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1964; P. BOURDIEU et J.-C. PASSERON, *La reproduction: Éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Les Éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1970.

<sup>47</sup> Voy. également M. EL BERHOUIMI, « La liberté d'enseignement entre érosion et résistance », *op. cit.*, p. 42.

<sup>48</sup> A. MOUTON, « L'école égale: l'enseignement face au défi de l'inégalité », *J.D.J.*, février 2012, p. 9.

<sup>49</sup> UNICEF, rapport *What Do You Think: Égalité des chances à l'école? Voilà ce qu'ils en pensent*, 13 février 2013, [www.unicef.be](http://www.unicef.be), p. 5.

<sup>50</sup> Témoignage issu du rapport de l'Unicef, *What Do You Think: Égalité des chances à l'école? Voilà ce qu'ils en pensent*, *op. cit.*

<sup>51</sup> T.O.R.B., mai-juin 2012 et septembre-octobre 2012.

Ces problèmes ont sans doute été de tout temps présents<sup>52</sup>, mais le regard que l'on pose sur cette violence, du point de vue des droits fondamentaux, ne permet plus aujourd'hui la résignation<sup>53</sup>.

La violence éducative porte atteinte aux droits de l'enfant. Si le « droit de correction » a pu, par le passé, relever du pouvoir d'éduquer<sup>54</sup>, il ne peut plus être admis aujourd'hui ni justifier des châtiments corporels, même les plus légers<sup>55</sup>. De tels châtiments sont contraires à plusieurs traités internationaux<sup>56</sup> et à l'article 22bis de la Constitution<sup>57</sup>. Il serait d'ailleurs judicieux qu'une loi les interdise explicitement.

<sup>52</sup> Voy. notamment M. BOUVIER-DE BIE, K. DE VOS et R. ROOSE, « Geweld op school: kanttekeningen bij een probleemdefinitie », T.O.R.B., bijz. nummer, mei-juin 2012, pp. 24 à 30: « Geweld op school is geen nieuw gegeven; het schoolgebeuren is altijd al verbonden geweest met vormen van – al dan niet pedagogisch gelegitimeerd – geweld. De problematisering van geweld op school is daarentegen van relatief recente datum. Vooral pestgedrag kreeg hierbij de aandacht; pesten wordt gezien als een bijzonder kwaadaardige vorm van agressie, dit door de specifieke dader-slachtofferrelatie, omdat pestgedrag herhalend en langdurig is, en erop gericht is om ten koste van het slachtoffer uiteenlopende doelen te bereiken, zoals bijvoorbeeld materieel gewin of status, en waarbij het machtsverschil maakt dat het slachtoffer zich niet aan de pesterijen kan onttrekken en er ook geen verweer tegen heeft » (p. 24). Par « pesten », il faut entendre « intimider » plutôt que « embêter ». Voy. aussi C.W. NOORLANDER, « De zorgplicht voor een veilig schoolklimaat naar Nederlands onderwijsrecht », T.O.R.B., 2011-2012, pp. 110 à 120.

<sup>53</sup> Voy. notamment J. DE GROOF et I. WILLEMS, « Omtrent de bescherming van de integriteit van het kind en de rol van onderwijs ter zake », T.O.R.B., bijz. nummer, mei-juin 2012, pp. 3 à 6; C. DE CRAIN, « De nood aan een handelingsprotocol op school voor de bescherming van de integriteit van het kind », *idem*, pp. 16 à 23.

<sup>54</sup> Voy. J. FIERENS, « Pas panpan cucul papa! Les châtiments corporels et le droit applicable en Belgique », *J.D.J.*, n° 300, décembre 2010, pp. 19 et 20. Voy. aussi J. LE GAL, *Les droits de l'enfant à l'école. Pour une éducation à la citoyenneté*, *op. cit.*, pp. 180 et 181 et le dossier « De 'pedagogische' tik? », *T.J.K.*, 2009, liv. 1, pp. 10 à 44.

<sup>55</sup> Voy. sur l'évolution des jurisprudences nationale et européenne, Corr. Bruxelles, 14 mars 1996, *J.D.J.*, n° 157, septembre 1996, pp. 331 à 338: « il faut approuver cette jurisprudence; [qu'] en effet au même titre que les peines corporelles ont été éradiquées du catalogue des sanctions pénales, il n'est plus concevable que les châtiments corporels figurent encore parmi les méthodes éducatives » (p. 332).

<sup>56</sup> Voy. l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 17 de la Charte sociale européenne (et la décision du Comité européen des droits sociaux du 7 décembre 2004 condamnant la Belgique, citée par J. FIERENS, *op. cit.*, p. 14), l'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui oblige les États parties à prendre toutes les mesures législatives et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques, ainsi que l'article 28.2 de cette Convention – qui dispose que la discipline scolaire doit être appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain – et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voy. aussi l'Observation générale n° 8 (2006) du Comité des droits de l'enfant, « Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments (article 19, 28 (par. 2) et 37, entre autres) ». Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. notamment J. FIERENS, *op. cit.*, pp. 15 et 16. Pour une approche française, voy. M.-Ph. GIL-ROSADE, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Paris, Defrénois, 2006, pp. 268 et 269.

<sup>57</sup> J. FIERENS, *op. cit.* Voy. aussi B. DE SMET, « Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van minderjarigen », T.O.R.B., bijz. nummer, mei-juin 2012, pp. 78 et 79: « Vanuit het perspectief van kinderrechten kan het kastijdsrecht niet door de beugel. Geweld betekent onderwerping en strookt niet met het beeld van het kind als rechtssubject. Kinderen hebben net als volwassenen recht op vrije meningsuiting en eerbiediging van hun fysieke integriteit. In die optiek moeten kinderen dezelfde bescherming genieten als de volwassenen tegen lichte slagen (artikel 398 Sw.) en kan aan de ouders geen rechtvaardigingsgrond worden toegekend. Deze tweede visie doet steeds meer opgeld » (p. 79).

Il faudrait, selon nous, aller plus loin. Le droit à l'enseignement implique, en effet, que toute sanction dans le cadre scolaire soit éducative, « vectrice d'un apprentissage »<sup>58</sup>. Dans son ouvrage « Les règles de la vie », Janusz Korczak exprime ainsi ses doutes sur les sanctions qui isolent l'enfant : « je n'aime pas les punitions scolaires qui interdisent d'adresser la parole à quelqu'un »<sup>59</sup>.

Se pose également la question de savoir si les autorités et les écoles n'ont pas une obligation positive d'agir pour protéger les enfants de comportements violents au sein de l'école, en vue de garantir un respect effectif du droit à l'intégrité (morale, physique, psychique et sexuelle, selon l'article 22bis de la Constitution) de l'enfant<sup>60</sup>. Dans les écoles citoyennes où les règles de vie sont délibérées avec les enfants, les premiers interdits exprimés par ceux-ci sont l'interdit de la violence physique, verbale et l'interdit de l'atteinte au cadre de vie. Tant que les savoir-être liés à ces interdits ne sont pas acquis, l'enfant ne se sent pas en sécurité et ne peut pas entrer dans le processus d'apprentissage<sup>61</sup>.

Aux Pays-Bas, il existe de la jurisprudence sur l'obligation de l'autorité scolaire de veiller à la sécurité physique des élèves<sup>62</sup>. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat, qui prend en compte les circonstances et examine si l'école a raisonnablement pris des mesures pour prévenir ou limiter les situations qui portent atteinte à la sécurité ou à la santé des élèves. Cette obligation n'implique cependant pas un contrôle continu de chaque élève.

<sup>58</sup> F. CULOT, « Discipline à l'école : sanction ou leçon ? », *Le droit disciplinaire*, Anthemis/Ed. du Jeune Barreau de Liège, Louvain-la-Neuve/Liège, 2009, p. 169. Voy. aussi A. RASSON-ROLAND, « Pour ou contre la flexibilité des sanctions disciplinaires à l'égard des élèves », in D. KAMINSKI (dir.), *La flexibilité des sanctions*, XXI<sup>e</sup> Journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 295 à 313.

<sup>59</sup> J. KORCZAK, *Les règles de la vie. Pédagogie pour les jeunes et les adultes*, Paris, éditions Fabert, 2010, p. 81. Cette conclusion est le fruit d'une réflexion : « Il y a longtemps déjà, j'ai remarqué que lorsque l'on se met très en colère contre un garçon, tout de suite après, tout un groupe se rassemble autour de lui et se met à le consoler, à lui expliquer. Je dois reconnaître à ma grande honte que cela m'agaçait. Car enfin, si je l'avais grondé, c'était qu'il l'avait bien cherché ! S'ils se rassemblaient ainsi autour de lui, on aurait pu croire que c'était moi le coupable, et pas lui. Maintenant, je pense tout autrement : justement, c'est bien ainsi. Chacun d'entre nous devrait, lorsqu'il est malheureux, trouver une oreille complaisante » (*idem*).

<sup>60</sup> Voy. aussi S. VALCKX et G. LAUWERS, « Een verkennende studie naar de doorwerking van het verdrag inzake de rechten van het kind in het pestbeleid op basisscholen », *T.O.R.B.*, 2012-2013, p. 43 : « Het recht op onderwijs houdt bijgevolg meer in dan enkel het recht op onderricht. Veel aandacht wordt gegeven aan de waardigheid van het kind, de bescherming van het kind tegen onrecht. Bij de onderwijsdoelen neemt de persoonlijke ontwikkeling van het kind een belangrijke plaats in ».

<sup>61</sup> Voy. sur le Mouvement des institutions et des écoles citoyennes (MIEC) <http://www.miec.be>. Voy. également C.W. NOORLANDER, *op. cit.*, p. 110 : « Zeer ruim kan men stellen dat sociale onveiligheid tot gevolg kan hebben dat het recht op onderwijs onvoldoende kan worden verwezenlijkt ».

<sup>62</sup> C.W. NOORLANDER, *op. cit.*, pp. 113 et 114. Cette obligation implique une protection contre le harcèlement, le vol, la discrimination, par exemple.

Elle est le pendant du droit de l'élève à une école « sûre », nécessaire à son développement personnel et à son droit à l'enseignement.

La différence entre la violence éducative et la nécessité de protection a bien été mise en exergue par un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 14 mars 1996<sup>63</sup>. Selon cette décision, « tout éducateur possède dans l'exercice de sa mission un "pouvoir de police scolaire" »<sup>64</sup> en vue « d'assurer le bon ordre dans la classe ou dans le groupe dont il a la charge et l'autorise, le cas échéant, à user de la contrainte physique à cet effet »<sup>65</sup>. Les conditions d'ouverture et d'exercice de ce pouvoir sont strictes : l'usage de la contrainte doit être un moyen « ultime », destiné à assurer immédiatement la discipline ; il doit conserver un caractère exceptionnel, modéré et adapté à l'âge et à la personnalité de l'enfant ; il ne peut en outre pas déboucher sur un trouble plus grave.

« Lorsque ces différentes conditions sont réunies, la contrainte physique acquiert un caractère légitime et trouve sa justification dans l'état de nécessité dans lequel se trouve alors l'éducateur ».

Cette décision montre bien la différence essentielle entre pouvoir de police et violence éducative ou sanction corporelle.

Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme va très nettement dans ce sens. Il s'agit de l'arrêt *Kayak contre Turquie* du 10 juillet 2012. Un enfant est poignardé par un élève, interne, devant l'école. N'est-ce pas une violation de l'article 2 de la Convention qui consacre le droit à la vie ?

Dans un arrêt argumenté, la Cour pointe « l'obligation de l'État, par le biais des autorités scolaires, d'assumer la responsabilité des enfants qui lui sont confiés et le devoir primordial de veiller à la sécurité des élèves afin de les protéger contre toutes les formes de violences dont ils pourraient être victimes pendant le temps où ils sont placés sous sa surveillance »<sup>66</sup>.

En l'espèce, elle conclut à un manquement de l'État sur la base de trois éléments : la direction avait demandé, en vain, de renforcer la sécurité aux abords de l'école, notamment par l'installation d'une loge de gardien, l'élève s'était procuré le couteau à la cuisine de la cantine et n'avait pas été surveillé de manière efficace lors du drame.

<sup>63</sup> Corr. Bruxelles, 14 mars 1996, *J.D.J.*, n° 157, septembre 1996, pp. 331 à 338.

<sup>64</sup> L'expression est reprise de D. MAYER, Note sous Pol. Bordeaux, 18 mars 1981, *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, p. 183.

<sup>65</sup> Corr. Bruxelles, 14 mars 1996, *cit.*, p. 332. Voy. aussi sur le devoir de protection, J. Le GAL, *Les droits de l'enfant à l'école. Pour une éducation à la citoyenneté*, *op. cit.*, pp. 97 à 99.

<sup>66</sup> Cour eur. D.H., 10 juillet 2012, *Kayak contre Turquie*, req. n° 60444/08, § 59.



L'arrêt est suivi d'une opinion concordante de la juge Tulkens et d'une opinion en partie dissidente commune aux juges Sajo et Raimondi qui se demandent, comme nous, si le raisonnement suivi ne conduit pas à un fardeau excessif et s'il n'aboutit pas à un modèle éducatif sécuritaire.

Nous allons, à présent, nous pencher sur une question plus particulière et très actuelle en matière d'enseignement, celle du choix de l'école et des cours, notamment en cas de dissensions entre les parents.

## II. La deuxième poupée russe : le choix de l'école et des cours

Comment se fait le choix de l'école et de l'orientation d'un enfant? En droit belge, l'enfant est en principe soumis à l'autorité de ses deux parents<sup>67</sup> et, en cas de séparation, le plus souvent, à un régime d'hébergement égalitaire<sup>68</sup>. L'on attend des parents qu'ils se concertent et recherchent un accord, en parlant avec l'enfant, pour le choix de l'école et de l'orientation scolaire<sup>69</sup>. Ce n'est malheureusement pas toujours le cas et l'enfant se trouve alors tiraillé entre ses parents et est atteint dans son droit à l'enseignement : il est inscrit dans deux écoles différentes ou ses parents divergent sur le choix des cours<sup>70</sup>. La transmission des informations scolaires pose aussi problème dans bon nombre de familles.

Que peuvent faire l'école et ses enseignants amenés, à leur corps défendant, à se situer dans ces conflits? Comme l'écrit Nathalie Dasnoy, « l'école

<sup>67</sup> Articles 371 à 387ter du Code civil. Dans des circonstances exceptionnelles, le juge peut décider d'accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un des parents. Voy. notamment sur cette question, G. HIERNAUX, « L'autorité parentale », J.T., 2012, pp. 397 à 400, qui donne quelques exemples relatifs aux choix scolaires.

<sup>68</sup> Voy. la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant. « Suite à cette nouvelle réglementation, il a été constaté que le nombre de doubles inscriptions scolaires était en hausse » (N. DASNOY, « L'autorité parentale et l'école : à chacun son rôle, à sa place, dans un même intérêt; celui de l'enfant », *Scolanews*, n° 3, mars 2009, p. 4).

<sup>69</sup> Pour une approche de cette thématique en droit français, voy. M.-Ph. GIL-ROSAO, *op. cit.*, pp. 159 à 185.

<sup>70</sup> Voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 2002 et Civ. Bruxelles (réf.), 31 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 405 à 412, avec la note de N. GALLUS, « De la dérive du droit d'audition : lorsque la liberté d'expression se transforme en une implication de l'enfant dans le débat judiciaire ». Voy. aussi concernant ces mêmes parties, Civ. Bruxelles, (réf.) 5 juillet 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 499 et Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 393 à 397.

n'est [...] pas un arbitre!»<sup>71</sup> Conformément au Code civil<sup>72</sup>, l'école est en principe un « tiers de bonne foi » et peut estimer qu'un parent agissant seul a l'accord de l'autre parent. Une inscription effectuée par un parent est donc en principe valable. Mais si l'école a été avertie du désaccord de l'autre parent, elle ne peut pas accepter l'inscription<sup>73</sup>. Si le désaccord apparaît après la décision d'inscription, « dans l'attente d'un jugement ou d'un accord des parents, il paraît raisonnable, au regard de l'intérêt de l'enfant, de lui permettre de poursuivre sa scolarité dans le respect de l'obligation scolaire »<sup>74</sup>. Il revient alors aux parents de se mettre d'accord ou de saisir un juge, souvent en référé<sup>75</sup>.

Ce juge, saisi habituellement dans l'urgence<sup>76</sup>, doit, dans pareils cas, se substituer aux parents incapables d'opérer ensemble le choix à faire dans l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt est, en effet, non seulement prévu par l'article 374, § 1<sup>er</sup>, du Code civil, mais aussi inscrit, pour rappel, à l'article 22bis de la Constitution et à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>77</sup>. Le rôle du juge n'est pas simple puisqu'il ne peut pas porter des appréciations de type pédagogique<sup>78</sup>, à moins qu'il ne les lie à une approche de la personnalité de l'enfant ou de ses capacités<sup>79</sup>, et qu'il peut lui être reproché, particulièrement

<sup>71</sup> Voy. N. DASNOY, *op. cit.*, p. 5. Voy. également sur cette question K. MAES, « Kind, echtscheiding en de school », « Recht uit het veld », *T.J.K.*, 2003/3, p. 187; « Wanneer er echter een vermoeden bestaat dat die stilzwijgende toestemming ontbreekt (vb. wanneer er reeds eerder discussies waren rond bepaalde situaties) dan moet deze derde, vb. de school, beide ouders contacteren alvorens in te gaan op een beslissing of verzoek van één van hen ».

<sup>72</sup> Article 374, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, *juncto* article 373, alinéa 2 du Code civil.

<sup>73</sup> Voy. aussi le commentaire d'A. JONCKHEERE, sous Civ. Bruxelles (réf.), 12 septembre 1997, *J.D.J.*, n° 175, mai 1998, p. 44.

<sup>74</sup> N. DASNOY, *op. cit.*, p. 6.

<sup>75</sup> S. VAN RUMST, « Kan je zomaar van school veranderen ? » « Recht uit het veld », *T.J.K.*, 2011/3, pp. 199 et 200. Voy. par exemple sur l'urgence, Mons (2<sup>e</sup> ch.), 9 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, pp. 672 à 675. Voy. aussi P. SENAËVE, « De rechter geconfronteerd met betwistingen tussen de ouders inzake schoolkeuzes », in *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Versteegen*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 254 à 258.

<sup>76</sup> Voy. A. DE WOLF, « De schoolkeuze voor het minderjarig kind », *T.O.R.B.*, 2002-2003, p. 102.

<sup>77</sup> Voy. aussi R. VASSEUR, « Onenigheid tussen gescheiden ouders met betrekking tot de levensbeschouwelijke opvoeding van hun kinderen : potentiële criteria ter nadere invulling van het belang van het kind », *T.J.K.*, 2012, p. 255.

<sup>78</sup> Voy. par exemple, Bruxelles (vac.), 25 août 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 208 : « D'une manière générale, la jurisprudence évite de comparer la qualité de l'enseignement dispensé dans telle école avec celui dispensé dans telle autre, dans la mesure où telle pédagogie peut convenir parfaitement à un enfant et pas du tout à un autre; de plus, on ne dispose que rarement de données objectives permettant la comparaison; en l'espèce, A.H. ne produit aucune pièce permettant à la Cour de se faire une opinion objective sur la qualité de l'enseignement dispensé ».

<sup>79</sup> Voy. concernant une école Freinet, A. DE WOLF, *op. cit.*, p. 104.

lorsqu'il entend l'enfant, d'opérer une « mission thérapeutique »<sup>80</sup>. Certains juges estiment qu'il ne leur revient pas de sanctionner une absence de dialogue entre parents ou le comportement unilatéral d'un des parents<sup>81</sup>. D'autres n'hésitent pas à qualifier une décision unilatérale de changement d'école de voie de fait et à modifier provisoirement l'hébergement<sup>82</sup> ou à prononcer une astreinte<sup>83</sup>, quitte à ajouter qu'ils doivent néanmoins examiner l'opportunité de la décision unilatérale pour la confirmer le cas échéant<sup>84</sup>. Certains enfin mettent en exergue le fait que la responsabilité parentale implique « le respect des besoins de l'enfant » qui « passe inévitablement par le respect, réciproque, des modes de pensée et d'organisation de l'autre parent, dès lors que ceux-ci ne sont nullement préjudiciables à [l'enfant] »<sup>85</sup>. Le juge essaie parfois de faciliter l'accord des parties, en donnant un cadre, géographique, par exemple, et en invitant les parties à choisir l'école de commun accord dans ce cadre<sup>86</sup>.

Les critères mis en œuvre par le juge pour apprécier l'intérêt de l'enfant se réfèrent le plus souvent au passé ou au présent de la vie de l'enfant : son intégration, l'organisation des trajets qui influence le rythme de vie, la langue parlée habituellement, les accords passés entre parents, le choix des autres enfants de la classe primaire, une évolution dans les résultats de l'enfant et dans son intégration<sup>87</sup>. De manière assez générale, un changement d'école, lorsque l'enfant est bien intégré, est jugé préjudiciable<sup>88,89</sup> ; le juge doit à cet

<sup>80</sup> Voy. N. GALLUS, *op. cit.*, p. 412 : « on peut s'interroger sur la légitimité d'une telle "négociation" dans le cadre de l'exercice de la fonction de juger par un magistrat, c'est-à-dire par une autorité investie du pouvoir décisionnel et non pas d'une mission thérapeutique qui relève d'autres professionnels ».

<sup>81</sup> Mons (2<sup>e</sup> ch.), 24 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 850 et 851.

<sup>82</sup> Voy. Mons, 21 octobre 2003, R.G.D.C., 2004, pp. 276 à 278 : « l'attitude d'un parent qui agit au mépris de l'autorité parentale conjointe est susceptible de révéler une inadéquation de son approche éducative, ce qui pourrait conduire à modifier les modalités d'hébergement de l'enfant » (p. 277).

<sup>83</sup> Civ. Nivelles (réf.), 8 septembre 2000 et Civ. Nivelles (réf.), 25 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, pp. 704 à 707 ; Brussel, 16 oktober 2001, T.O.R.B., 2002-2003, pp. 98 à 104, avec la note d'observations de A. DE WOLF, « De schoolkeuze voor het minderjarig kind ». Dans cette dernière décision, la Cour stigmatise le manque de respect du parent pour les décisions de justice intervenues dans l'affaire.

<sup>84</sup> Mons, 21 octobre 2003, *op. cit.*

<sup>85</sup> Mons (ch. jeunesse), 5 septembre 2011, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 202.

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> Voy. A. DE WOLF, *op. cit.* et S. VAN RUMST, *op. cit.* ; Mons (2<sup>e</sup> ch.), 24 décembre 2001, cité, Liège (1<sup>re</sup> ch.), 17 décembre 2002, J.L.M.B., 2003, p. 1582 ; Mons (2<sup>e</sup> ch.), 9 septembre 2003, cité (refus du passage d'une école néerlandophone à un lycée français).

<sup>88</sup> Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 12 septembre 1997, J.D.J., n° 175, mai 1998, pp. 43 et 44, avec le commentaire de A. JONCKHEERE ; Civ. Nivelles (réf.), 8 septembre 2000 et 25 septembre 2000, cités ; Brussel, 16 oktober 2001, cité ; Liège (1<sup>re</sup> ch.), 17 décembre 2002, cité ; Liège (vac.), 26 août 2008, J.L.M.B., 2009, pp. 128 à 132 ; Mons (ch. jeun.), 21 octobre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 679 à 685, note F. REUSENS.

<sup>89</sup> Cela peut conduire à valider la décision unilatérale d'un parent, à tout le moins lorsque l'autre parent ne demande plus le retour de l'enfant dans son ancienne école, mais le choix d'une école d'un autre réseau, vu le nouvel effort d'adaptation que cela demanderait à l'enfant, un mois et demi après la rentrée des classes : un tel changement « est de nature à nuire plus gravement aux intérêts de [l'en-

égard « rechercher l'existence d'un besoin spécifique à l'enfant, une nécessité objective motivée par un élément de fait ou la volonté d'un des parents justifiée par des considérations légitimes de convenance »<sup>90</sup>. Un motif de changement peut être l'élargissement des modalités d'hébergement par l'un des parents et la recherche d'une école située à mi-distance des domiciles respectifs des parents<sup>91</sup>. De manière intéressante, un juge estime impossible de prendre une décision provisoire adéquate sans mener une réflexion de fond sur l'éducation et la formation de l'enfant dans le futur<sup>92</sup>. Dans son examen du projet scolaire à long terme, le juge privilégie « l'ancrage de l'enfant dans ses racines familiales et culturelles »<sup>93</sup>. Une autre décision pointe que, si les parents supportent les conséquences matérielles des choix retenus (coût des études, difficultés et coûts des trajets ou du logement), « l'enfant, lui, subira les conséquences morales et intellectuelles de ces choix : s'il n'a pas de goût pour les études qu'on lui impose ou se sent mal à l'endroit où il les poursuit, ses résultats scolaires s'en ressentiront et sa formation sera amoindrie, hypothéquant par-là même son avenir »<sup>94</sup>.

Une décision récente, rendue par le Tribunal de la jeunesse de Bruges le 26 janvier 2012 a retenu notre intérêt<sup>95</sup>. En Belgique, tout enfant inscrit dans une école publique a le droit de suivre l'enseignement d'une des religions

fant] que le fait de ne pas respecter strictement le choix posé par les parties durant la vie commune de donner à l'enfant une orientation philosophico-religieuse précise » (Mons, 21 octobre 2003, cité). Voy. aussi A. DE WOLF, *op. cit.*, p. 103, qui pointe le fait que certains parents misent sur le fait que le changement unilatéral qu'ils ont opéré sera le plus souvent « légalisé » par le juge et A. JONCKHEERE, *op. cit.*, p. 44.

<sup>90</sup> Bruxelles (vac.), 25 août 2011, cité, p. 207. La décision se réfère à cet égard à N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance – Filiation, autorité parentale, hébergement*, coll. Fac. dr. ULB, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 295.

<sup>91</sup> Mons (ch. jeun.), 5 septembre 2011, cité.

<sup>92</sup> Bruxelles (ch. jeun.), 8 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 543. Voy. aussi Liège (vac.), 26 août 2008, cité : « il apparaît qu'en raison des circonstances particulières de la cause, qui touche une matière d'ordre public, l'intérêt des enfants n'a pas été suffisamment pris en compte, alors que le choix d'une école – prérogative découlant de l'autorité parentale – doit procéder d'une décision mûrement réfléchie, par les implications qu'elle entraîne sur la formation et le développement d'enfants âgés de douze et neuf ans, et sans qu'ils aient pu tous les trois être à tout le moins consultés quant à ce choix » (p. 131).

<sup>93</sup> Bruxelles (ch. jeun.), 8 novembre 2005, cité, p. 544. Le juge privilégie dès lors « l'apprentissage approfondi et équilibré des deux langues 'maternelles' » de l'enfant, l'allemand et le néerlandais et le choix d'une école européenne.

<sup>94</sup> Liège (1<sup>re</sup> ch.), 17 décembre 2002, cité.

<sup>95</sup> Jeugdrechtbank Brugge, 26 janvier 2012, T.J.K. 2012, pp. 250 à 259, avec la note d'observations de R. VASSEUR, « Onenigheid tussen gescheiden ouders met betrekking tot de levensbeschouwelijke opvoeding van hun kinderen : potentiële criteria ter nadere invulling van het belang van het kind ».

reconnues ou de la morale non confessionnelle<sup>96,97</sup>. C'est aux parents qu'il revient de faire le choix du cours<sup>98</sup>. Une enfant de six ans est privée de cet enseignement et isolée des autres durant deux heures par semaine parce que sa mère et son père s'opposent sur le choix du cours, la religion catholique ou la morale non confessionnelle. Le juge des référés a estimé fin octobre qu'il n'y avait pas d'urgence et le juge de la jeunesse a été saisi par le père qui demande par ailleurs une astreinte d'un million d'euros. Dans sa décision, le tribunal relève tout d'abord que l'éducation philosophique ou religieuse constitue un aspect de l'autorité parentale qui s'exerce conjointement. La liberté des parents à cet égard se fonde sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 2 du Premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 24 de la Constitution. Mais c'est l'intérêt de l'enfant qui doit primer en cas de conflit. Et cet intérêt s'apprécie à l'aide de deux critères: la socialisation – ou plus précisément le rejet d'une solution qui marginaliserait l'enfant – et la continuité dans l'éducation. Il est par ailleurs intéressant de relever que le tribunal refuse de prononcer un jugement de valeur sur les conceptions philosophiques des parents, qui serait contraire à la liberté religieuse. Le Ministère public, en revanche, avait conclu dans cette affaire au choix du cours de morale, qui laisse tous les choix possibles ultérieurement quand l'enfant sera plus âgé. Le juge conclut que l'intérêt de l'enfant n'est pas en soi atteint par le choix d'un des deux cours proposés dans l'enseignement communal et qu'il ne faut donc pas craindre à cet égard sa marginalisation. Pour apprécier le second critère, la continuité dans l'éducation<sup>99</sup>, le juge se base sur les choix des parents lors de la vie commune, ce qui devient un travail d'archéologie familiale. En l'espèce, il va conclure au choix des parents d'éduquer leurs enfants «binnen de ruime christelijke katholieke traditie». Le juge prend en outre en compte le fait que la majorité des enfants de la classe et de l'école suivent le cours de religion. La proposition du père de combiner le choix du cours de morale avec une éducation catholique chez la mère et la possibilité pour l'enfant de

<sup>96</sup> Article 24, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de la Constitution: « Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle. »

<sup>97</sup> Ce choix n'existe pas pour les enfants inscrits dans l'enseignement libre, dès lors que les parents adhèrent au projet pédagogique de l'école lors de l'inscription.

<sup>98</sup> Voy. G. MAES, « Het grondrecht op geloofsopvoeding van minderjarige. Een evenwichtsoefening tussen de rechten van de ouders en de eigen betrokkenheid van de minderjarige », *T.J.K.*, 2006, p. 228.

<sup>99</sup> Dans sa note d'observations, R. Vasseur précise qu'il s'agit là d'un critère praticable: il est objectif et n'implique pas de poser un jugement de valeur: « Of het verderzetten van de door de ouders tijdens het samenleven aangenomen houding met betrekking tot de levensbeschouwelijke opvoeding van het kind ook steeds de reflectie vormt van hun daadwerkelijke gezamenlijke wil tijdens het samenleven is evenwel een andere vraag » (*op. cit.*, p. 257).

faire sa première communion ne convainc pas le tribunal qui estime qu'elle ne sert pas la clarté de l'éducation et va surcharger un enfant encore jeune de cours en dehors de l'école. Le juge précise enfin que l'intérêt de l'enfant importe plus qu'une éducation équilibrée.

À l'encontre du choix de la structure et de la stabilité, d'autres décisions vont plutôt dans le sens du pluralisme et de l'ouverture.

« On observe une tendance nouvelle de la jurisprudence à proposer divers montages œcuménistes fondés sur une conception d'emblée pluraliste des communautés chrétiennes [...]. La nature conciliatrice de ces montages semble perçue comme une nouvelle clé de compréhension de "l'intérêt de l'enfant", succédant ainsi au critère de la stabilité des options initiales et à celui de la délégation à l'expertise psychologique. »<sup>100</sup>

### III. La troisième poupée russe : la place de l'enfant

Nous arrivons, à présent, à la troisième poupée russe, celle qui met l'enfant, véritable sujet de droit, au cœur du processus. Le droit donne-t-il concrètement une place à la parole de l'enfant ? Dans le cadre de cette contribution, nous envisageons deux pistes: le droit de participation de l'enfant et son accès au juge.

#### A. Le droit de participation

En 1911, Oscar Orban écrivait:

« Il y a des principes philosophiques, des principes de morale sociale ou de droit naturel à respecter [...]. Le premier de tous, c'est le devoir d'éducation imposé aux parents; voilà le point de départ, la base de toute construction juridique scolaire. [...] Certes, il y a le droit de l'enfant (Brunetière, conférence faite à Lille le 19 janvier 1903); mais il ne peut l'exercer lui-même; il ne peut choisir l'éducation qu'il recevra, il doit la subir d'une autorité qui la lui imposera. [...] Le devoir d'éducation n'est pas une fonction de la puissance publique, c'est une fonction familiale »<sup>101</sup>.

Depuis, les choses ont bien changé.

Deux évolutions majeures retiennent notre attention: l'adoption de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant en 1989 et l'adoption de l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution en 2008.

<sup>100</sup> M.-F. RIGAUX et L.-L. CHRISTIANS, « La liberté de culte », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, vol. 2, p. 894.

<sup>101</sup> O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 476 à 478 cité par P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 201-202.

Une Observation générale a été rédigée en 2009 par le Comité des droits de l'enfant concernant l'article 12 de la Convention<sup>102</sup>.

Le droit protégé est un droit pour les enfants de participer<sup>103</sup>. Celui-ci est considéré comme une valeur fondamentale de la Convention et a été érigé comme l'un des quatre principes généraux de la Convention<sup>104</sup>. Il doit donc être interprété au sens large<sup>105</sup> et être appliqué dans toute décision qui concerne l'enfant tant dans une perspective horizontale que verticale<sup>106</sup>. Ce droit de participation permet, notamment, d'atteindre l'objectif de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant pour toute décision qui le concerne visée à l'article 3.1 de la Convention<sup>107</sup>. Ce droit ne doit pas être confondu avec la liberté d'expression<sup>108</sup> et doit être respecté en tous lieux, notamment à l'école.

<sup>102</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12. Le droit de l'enfant d'être entendu*, Genève, Nations unies, 2009. Voy. également la récente recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui plaide en ce sens (Comité des ministres, CM/Rec(2012)2, adoptée le 28 mars 2012, lors de la 1138<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres).

<sup>103</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cit., pp. 4 et 6; M. DOMINICY, « Le droit à la participation des enfants », J.D.J., n° 315, mai 2012, pp. 42-45. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe définit le droit de participation comme suit: c'est « le fait, pour des particuliers et groupes de particuliers, d'avoir le droit, les moyens, la place, la possibilité et, si nécessaire, le soutien d'exprimer librement leurs opinions, d'être entendus et de contribuer aux prises de décision sur les affaires les concernant, leurs opinions étant dûment prises en considération eu égard à leur âge et à leur degré de maturité » (cit., p. 3).

<sup>104</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cit., p. 4. Les trois autres piliers sont le droit à la non-discrimination, le droit à la vie et au développement et la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 19. Soulignons que cette interprétation large « se reflète dans le document final adopté par la 27<sup>e</sup> session extraordinaire de l'Assemblée générale intitulée "Un monde digne des enfants". Les États se sont engagés à élaborer et appliquer « des programmes qui encourageront les enfants, y compris les adolescents, à participer efficacement aux processus de prise de décisions, que ce soit dans le cadre de la famille, dans les écoles ou sur les plans local et national » (par. 32, alinéa 1). Le Comité a indiqué dans son Observation générale n° 5 sur les mesures d'application générale de la Convention relative aux droits de l'enfant: "Il importe que les pouvoirs publics établissent une relation directe avec les enfants et ne se contentent pas de contacts par le biais d'organisations non gouvernementales ou d'organismes de défense des droits de l'homme". Voy. également J.C.M. WILLEMS, « Opvoeding en ouderschap op basis van kinderrechten – het VRK – driegrachtenmodel: een breed zorgcontinuüm », in *Kinderrechten in België*, W. VANDENHOLE (ed.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 172.

<sup>106</sup> En ce sens B. VANOBBERGEN, « Enkele bedenkingen bij General Comment nr. 12 », T.J.K., 2010/1, p. 57. L'auteur précise que le niveau vertical concerne « de relatie tussen het kind en de overheid » tandis que le niveau horizontal vise « de relatie tussen het kind en personen uit haar directe omgeving zoals ouders en leerkrachten bijvoorbeeld ».

<sup>107</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cit., p. 16. Voy. également HAUT COMMISSAIRE DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS, *Principes directeurs relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Genève, mai 2008, p. 22; SSI/CJR, « Editorial: L'intérêt supérieur de l'enfant offre-t-il toujours la meilleure solution à l'enfant? », *Bulletin mensuel du Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille*, n° 01/2013, janvier 2013, p. 2.

<sup>108</sup> Voy., à cet égard, l'avis de S. VAN DROOGHENBROECK, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2004-2005, n° 3-265/3, p. 53 et M. DOMINICY, « Le droit à la liberté d'expression des enfants », J.D.J., n° 318, octobre 2012, pp. 44 et 45.

Horizontalement, il faut permettre à l'élève d'avoir un rôle réellement participatif à l'école: créer un environnement d'apprentissage participatif, associer les enfants à la planification scolaire, instaurer dans la classe un climat social, faire participer régulièrement les élèves au processus de décision, consulter les enfants aux niveaux locaux et nationaux sur tous les aspects de la politique éducative, les entendre dans les décisions relatives au passage en classe supérieure ou au choix des filières « qui touchent directement à l'intérêt supérieur de l'enfant » et dans le cadre des procédures disciplinaires, les former aux droits de l'homme<sup>109</sup>. La mise en place d'une école plus démocratique, plus participative et plus à l'écoute est d'ailleurs une proposition qui a été formulée au terme de la journée d'étude sur l'exclusion scolaire organisée, entre autres, par Changements pour l'égalité le 18 octobre 2012<sup>110</sup>. De son côté, l'Unicef rappelle encore le 13 février 2013<sup>111</sup> à quel point il importe de donner la parole aux enfants dans le cadre scolaire:

« les expériences des enfants et des jeunes élargissent avec discernement le débat sur l'enseignement. En tant qu'experts de leur propre vécu, ils constituent non seulement une inépuisable source d'informations, mais disent aussi vouloir et pouvoir réfléchir et contribuer à faire changer l'école. Leurs avis et recommandations doivent nous guider dans les réformes et les indispensables améliorations en cours. »<sup>112</sup>

Un bel exemple de projets favorisant la participation des élèves réside dans la création, en Belgique, d'écoles citoyennes<sup>113</sup>. Par ailleurs, des initia-

<sup>109</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cit., pp. 10, 15, 22 et 23; UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, op. cit., p. 179 et pp. 184 à 187. Voy. également J.-M. DERMAGNE, « Qui fait la loi à l'école? », J.L.M.B., 2007/33, p. 1388; J. SAMBON, « Droit à l'enseignement et droit à l'inscription », J.D.J., n° 172, février 1998, p. 12; A. RASSON-ROLAND, « Pour ou contre la flexibilité des sanctions disciplinaires à l'égard des élèves », op. cit., pp. 296 et 310 à 313; B. VANOBBERGEN, op. cit., pp. 57 à 59.

<sup>110</sup> Journée d'étude « Exclusions scolaires définitives: des ruptures évitables? » organisée le 18 octobre 2012 par l'AMO AtMosphères, l'AMO RYTHME, l'Antenne scolaire d'Anderlecht, le Service de Prévention, Changements pour l'égalité, mouvement sociopédagogique, la Médiation scolaire communale de Saint-Gilles, Nota Bene, l'ASBL Bravo, Projet Déclic, le Service prévention de la commune de Schaerbeek, le Service Droit des Jeunes, le service Prévention scolaire de Forest, CASG Solidarité Savoir ASBL.

<sup>111</sup> UNICEF, rapport *What Do You Think: Égalité des chances à l'école? Voilà ce qu'ils en pensent*, op. cit.

<sup>112</sup> UNICEF, *Communiqué de presse: Égalité des chances à l'école? Voilà ce qu'ils en pensent. Le point de vue d'enfants et de jeunes vulnérables dans le débat sur l'enseignement*, 14 février 2013. Le rapport, disponible sur [www.unicef.be](http://www.unicef.be), montre à quel point l'avis des élèves est une aide précieuse pour améliorer le monde scolaire. Voy. également J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect*, op. cit., p. 37.

<sup>113</sup> Le 13 novembre 2012, une conférence sur l'école citoyenne a été organisée par l'Université de la paix au cours de laquelle Jean-Luc Tilmant, Enseignant, Psychopédagogue spécialisé en problèmes de violence à l'école et en institution, a présenté diverses initiatives dans des écoles « citoyennes ». Nous pouvons citer, entre autres, la possibilité pour les élèves de retravailler le contrat pédagogique et l'instauration d'un conseil de participation. Voy. sur le Mouvement des institutions et des écoles citoyennes (MIEC) <http://www.miec.be>.

tives mises en place par les enseignants, par les éducateurs, voire par la direction, peuvent contribuer à donner, petit à petit, une place aux élèves au sein de l'école. Janusz Korczak a été un précurseur à cet égard, lui qui organisait une cogestion démocratique de son institution avec un parlement des enfants et un tribunal des enfants. Et, si l'on en croit son expérience, l'exercice est aussi bénéfique pour l'adulte : au terme des procès dont il a été l'objet, il relève que les enfants ont fait de lui « un éducateur constitutionnel »<sup>114</sup>.

Les parents ou les représentants légaux de l'enfant ont également un rôle primordial à jouer, puisque c'est au sein de la famille que l'enfant doit pouvoir exprimer son opinion en premier lieu<sup>115</sup>.

Verticalement, il s'agira, en cas de procédure administrative ou judiciaire dans le domaine scolaire, d'entendre l'enfant.

La question de l'audition de l'enfant, particulièrement dans le contentieux familial, a déjà fait couler beaucoup d'encre. Nous ne souhaitons pas revenir sur la législation belge actuelle<sup>116</sup> et les perspectives de réformes, mais voulons plutôt souligner les modalités qui devraient, à notre estime, encadrer cette audition pour qu'elle soit conforme à l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution.

Nous concédons que les suggestions que nous allons formuler peuvent paraître audacieuses. Cependant, elles nous paraissent incontournables pour que le droit de participation des enfants soit réel et effectif et non théorique et illusoire.

Tout d'abord, nous plaçons pour que tout enfant soit entendu à sa demande, peu importe son âge et son discernement. Certes, aux termes de l'article 12 de la Convention, l'audition doit avoir lieu si le discernement de l'enfant le permet. Néanmoins, le Comité des droits de l'enfant, dans son Observation générale, précise que les États parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion. L'examen du discernement doit être individuel, « au cas par cas », et, selon le Comité, qui se fonde sur une étude réalisée à Florence, « l'enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même s'il ne peut encore l'exprimer verbalement. Par conséquent, la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le lan-

<sup>114</sup> J. KORCZAK, cité par J. LE GAL, *op. cit.*, p. 194. Cf. *supra* Introduction.

<sup>115</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cité, p. 19; B. VANOBBERGEN, *op. cit.*, p. 58.

<sup>116</sup> Voy. l'article 931, alinéas 3 à 7, du Code judiciaire et l'article 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

gage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences »<sup>117</sup>.

En outre, depuis 2008, la protection du droit de l'enfant à être entendu s'est renforcée grâce à l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution. Si pour certains auteurs, ce nouvel alinéa n'apporte rien de neuf<sup>118</sup>, pour d'autres<sup>119</sup>, dont nous partageons le point de vue, « cet article n'a pas retenu le discernement comme condition de l'audition [...] Le droit à l'audition est donc constitutionnellement ouvert à tout enfant et la condition de discernement prévue à l'article 931 du Code judiciaire est inconstitutionnelle ». Ainsi, si pour la prise en considération de l'opinion de l'enfant, le juge doit tenir compte de son discernement, l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution impose d'entendre l'enfant qui le souhaite quel que soit son âge<sup>120</sup>.

Bien entendu, il existe des risques de dérives lors de l'audition, tels les conflits de loyauté, l'instrumentalisation de l'enfant, la proximité avec le juge qui peut donner un sentiment de supériorité à l'enfant<sup>121</sup>, de sorte que « l'enfant ne doit pas être interrogé plus souvent que nécessaire »<sup>122</sup>. Cela étant, il nous paraît aller de soi que, si l'enfant souhaite donner son opinion dans la procédure qui le concerne, elle est nécessaire. Par ailleurs, cette opinion est « un élément infiniment précieux dans l'appréciation que le juge se fait de l'intérêt supérieur de l'enfant, par-delà les arguments de chaque parent »<sup>123</sup>, de telle sorte que l'audition nous paraît *a priori* toujours nécessaire. Maud Dominicy écrit à très juste titre qu'« il ne faudrait pas que les arguments formulés pour protéger les enfants soient utilisés pour violer les droits de l'enfant »<sup>124</sup>, sous peine de réduire à peau de chagrin leurs droits fondamentaux.

<sup>117</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cité, pp. 7 et 8 qui cite G. LANSDOWN, « Les capacités évolutives de l'enfant », Centre de recherche Innocenti, UNICEF/Save the Children, Florence, 2005. Madame Grognaud, juge de la jeunesse, relève dans son étude que l'âge le plus bas recensé en Belgique est de 6 ans (« L'audition de l'enfant depuis l'application des articles 931 nouveau du Code judiciaire et 56bis de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », *Div. Act.*, 2002/10, p. 158).

<sup>118</sup> C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *J.T.*, 2009, p. 498.

<sup>119</sup> Notamment B. VAN KEIRSBIJCK et T. MOREAU, « Une occasion manquée ! Ou quand la Cour constitutionnelle oublie d'appliquer la Constitution au préjudice des mineurs », *J.D.J.*, n° 295, mai 2010, p. 35.

<sup>120</sup> Thierry Moreau plaide déjà en faveur de l'audition de tous les enfants, quel que soit leur discernement, en 2007 (« Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », in P. COLLART, J. SOSSON, *La parole de l'enfant – entre vérités et responsabilités*, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 2007, pp. 41 et 42. Voy. également, COMITÉ DES MINISTRES, cité, p. 3).

<sup>121</sup> E.a. M. BEAGUE, « L'audition de l'enfant régie par l'article 931 du Code judiciaire. Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 février 2012 », *J.D.J.*, n° 295, mai 2010, p. 27; O. LIMET, « Faut-il systématiquement inviter l'enfant à être entendu par le juge dans les séparations parentales débattues en justice ? », *J.D.J.*, n° 299, novembre 2010, pp. 12-14; N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 438.

<sup>122</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cité, p. 8.

<sup>123</sup> N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 433.

<sup>124</sup> M. DOMINICY, « Le droit à la liberté d'expression des enfants », *op. cit.*, p. 45.

Pour trouver un juste équilibre entre le respect du droit à la participation de l'enfant, d'une part, et la nécessité de le protéger, d'autre part, nous proposons cinq balises<sup>125</sup>.

1° L'enfant doit être informé<sup>126</sup> de son droit à être entendu « sur toute question l'intéressant »<sup>127</sup>. Au moment de l'audition, il faut également informer l'enfant du motif de l'audition et de l'incidence qu'elle pourrait avoir. « Ce droit à l'information est essentiel car il est la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant »<sup>128</sup>. À cet égard, il faut lui préciser qu'il ne sera pas « partie prenante au processus décisionnel »<sup>129</sup>. Les enfants doivent également être informés de leur droit de refuser de donner leur opinion<sup>130</sup>.

2° L'audition doit se dérouler dans des circonstances sereines en termes de lieu, de confidentialité<sup>131</sup>, d'accompagnement... L'enfant devrait pouvoir relire et signer le procès-verbal (ou qu'on le lui lise le cas échéant)<sup>132</sup>. Ses mots devraient être reproduits tels quels : « l'objet de la mesure d'audition même indirecte est de recueillir la parole brute de l'enfant sans la soumettre à un décodage »<sup>133</sup>. Nous pensons que les personnes chargées de l'audition devraient avoir suivi une formation<sup>134</sup> et que, dans la mesure du possible, il devrait s'agir d'une audition directe<sup>135</sup>.

<sup>125</sup> Sur ces balises, voy. également COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cité, pp. 11, 12, 27 et 28; M. DOMINICY, « Le droit à la participation des enfants », *op. cit.*, pp. 43-45.

<sup>126</sup> Le Comité des droits de l'enfant suggère, notamment, que l'enfant reçoive une formation aux droits de l'homme et aux droits de l'enfant dans son parcours scolaire (UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, *op. cit.*, p. 179). Par ce biais, il pourrait, notamment, être informé de son droit à être entendu.

<sup>127</sup> Cette expression doit être entendue au sens large (COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, cité, p. 9).

<sup>128</sup> *Idem*. Voy. également l'article 17 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

<sup>129</sup> N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 438. Voy. également A. DE WOLF, « De schoolkeuze voor het minderjarig kind », *op. cit.*, p. 103; Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 2002 et Civ. Bruxelles (réf.), 31 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 405 à 412, avec la note de N. GALLUS, « De la dérive du droit d'audition : lorsque la liberté d'expression se transforme en une implication de l'enfant dans le débat judiciaire ».

<sup>130</sup> T. MOREAU, « La parole de l'enfant et l'avocat : histoire de droits, de libertés et de responsabilités », contribution à une « Journée d'étude pluridisciplinaire autour de la parole de l'enfant » relatée par Ch. RONGE, *J.D.J.*, n° 316, juin 2012, p. 4.

<sup>131</sup> Sur le fait d'être entendu individuellement, voy. P. SENAËVE, « Rechters die kinderen (moeten) horen », *T. Fam.*, 2001/1, p. 2.

<sup>132</sup> *Contra* P. SENAËVE, *op. cit.*, p. 3.

<sup>133</sup> T. MOREAU, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », *op. cit.*, p. 44. Voy. également P. SENAËVE, *op. cit.*, p. 2.

<sup>134</sup> En ce sens M. BEAGUE, *op. cit.*, p. 28. Cette auteure souligne qu'une étude de M. Grogard montre cependant que la plupart des magistrats ont suivi une formation et que presque tous affirment ne pas éprouver de malaise (M. GROGARD, *op. cit.*, pp. 152-158, cité p. 28). Par ailleurs, certains auteurs relativisent la crainte de la confrontation magistrat/enfant : « il est étonnant de constater combien le magistrat est protégé, voire réticent, à dialoguer directement avec l'enfant. [...] L'enfant est vécu comme un être étrange, bizarre, incompréhensible... Le magistrat aurait-il refoulé à ce point l'enfant qui sommeille en lui ? Aurait-il peur de sa spontanéité, de son affectivité, de son intuition ? » (Dr APPELBOOM, « Le divorce et l'audition des mineurs - Aspects psychologiques », *J.J.P.*, 1995, p. 297 cité par N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 433).

<sup>135</sup> En ce sens COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, cité, p. 10.

3° Après avoir évalué la capacité de discernement de l'enfant, le juge doit réellement et respectueusement prendre en considération l'opinion de l'enfant<sup>136</sup>. L'audition n'est pas une simple formalité.

4° Un retour d'information auprès de l'enfant est essentiel. Le décideur doit lui expliquer comment son opinion a été prise en considération. Cela garantit la prise au sérieux de l'enfant et permet d'éviter une incompréhension de sa part si le juge ne suit pas son opinion<sup>137</sup>. Une décision du Tribunal du travail de Bruxelles peut être citée à titre d'illustration sur ce point :

« [...] Cette dernière partie du jugement s'adresse spécifiquement aux deux enfants mineurs Ago et Avo qui ont été entendus par le tribunal le 6 mai 2006, ainsi qu'à leur sœur aînée Tarzo, qu'il n'a pu entendre. Le tribunal souhaite vous expliquer la raison pour laquelle il n'a pu faire droit à la demande introduite par vos parents pour obtenir une aide en argent ni répondre au souhait que vous avez exprimé au cours de votre audition. Le tribunal a constaté avec vous les conditions particulièrement difficiles dans lesquelles vous vivez votre vie d'adolescents et qui ne vous permettent pas de vivre comme les autres jeunes gens de votre âge. Vous avez manifesté, au cours de cette audition, un comportement digne et mûr, qui témoigne de votre détermination à vivre libres. Votre choix, clairement exprimé, est de rester dans le quartier et l'école auxquels vous êtes attachés, plutôt que d'aller en centre d'accueil ouvert, idée que vous rejetez, par crainte d'être coupés de vos amis et ce, même si ce choix a pour conséquence de ne pas pouvoir disposer de suffisamment d'argent. Ni vos parents ni vous-mêmes ne pouvez être obligés d'aller en centre fédéral d'accueil ouvert. La loi ne permet cependant plus, si vos parents et vous refusez d'envisager cette possibilité, d'accorder un soutien financier à votre famille, sauf dans des circonstances particulières dont la preuve n'a pas été apportée pendant le procès, ce que ce jugement explique, avec des mots plus compliqués, à votre avocat. C'est un élément de la réalité qui s'impose au tribunal parce qu'il doit respecter la loi. Cette loi du 8 juillet 1976 peut priver votre famille de soutien financier, mais pas de votre liberté, valeur que vous mettez, et c'est bien compréhensible, en tête de vos préoccupations et de vos projets d'avenir : devenir puéricultrice ou secrétaire pour Avo et pompier pour Ago. Des projets qui prouvent que vous voulez, malgré les difficultés que vous affrontez pour l'instant, devenir citoyens de ce pays et y apporter votre compétence, votre intelligence et votre courage. Le tribunal ne peut ordonner que de l'argent soit donné par le CPAS à vos parents, mais il veut vous dire qu'il croit en votre capacité à atteindre vos objectifs. »<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Dans le même sens J.-M. DERMAGNE, *op. cit.*, p. 1388.

<sup>137</sup> N. MASSAGER, *op. cit.*, pp. 439 et 443 qui cite des exemples de jurisprudence « proactive » ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 2002 et Civ. Bruxelles (réf.), 31 octobre 2002, cité ; *Contra* N. GALLUS, « De la dérive du droit d'audition : lorsque la liberté d'expression se transforme en une implication de l'enfant dans le débat judiciaire », *op. cit.*, pp. 410 et 412.

<sup>138</sup> Trib. trav. Bruxelles, 13 juillet 2006, *J.L.M.B.*, 2012/12, p. 569 et note de P. MARTENS, « Le juge paternel », p. 571.



5° Enfin, un recours contre le refus d'être entendu ou contre une prise en considération irrespectueuse de l'opinion de l'enfant devrait être organisé au profit de celui-ci.

Ainsi, l'audition de l'enfant ne devrait pas se réduire à un moment ponctuel, mais devrait, à notre estime, être envisagée comme un processus. Bien entendu, nous ne plaçons pas dans le sens d'un droit de l'enfant à l'autodétermination<sup>139</sup>. Nous sommes simplement convaincues que l'enfant ne reçoit pas le respect qu'il mérite sans l'instauration d'un droit à une audition, tel que les textes protégeant les droits de l'enfant l'exigent<sup>140</sup>.

Un bel exemple du respect du droit de participation de l'enfant à sa scolarité réside dans la saga de la petite Maria, 8 ans<sup>141</sup>. Son père souhaitait qu'elle suive, au sein de l'école européenne dans laquelle elle était inscrite, la section grec-français tandis que sa mère souhaitait qu'elle aille en section français-anglais. Les parents saisissent le Tribunal de première instance de Bruxelles en référé. Au cours de la procédure, une demande d'audition est formulée par le père. Le président du Tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en référé, déclare dans une première ordonnance :

«Qu'au milieu de ce conflit d'adulte, il y a Maria, âgée de 8 ans, [...] dont on ne semble pas se soucier réellement; Que c'est pour cette raison et pour tenter de rappeler à l'enfant qu'elle a le droit de conserver ses deux parents, de rester ouvertes à ses deux origines culturelles, que nous estimons devoir faire droit à la demande d'audition, qu'il paraît également important que l'enfant puisse exprimer ses difficultés; Qu'il n'appartient évidemment pas à Maria de prendre les décisions de son orientation scolaire à la place de ses parents [...]».

Ainsi, la volonté du juge d'informer préalablement et adéquatement Maria est bien présente.

Dans une seconde ordonnance, très bien motivée, le président rend sa décision. Faisant explicitement référence à l'audition de Maria, il statue non seulement sur le conflit parental, mais également sur une demande formulée par Maria au cours de l'audition, laquelle souhaite suivre le cours de religion orthodoxe en lieu et place du cours de morale. Enfin, dans cette ordonnance, le juge mentionne le fait qu'il a revu Maria pour lui expliquer sa décision.

<sup>139</sup> En ce sens UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, op. cit., p. 170; A. DE WOLF, op. cit., p. 103 qui souligne, à juste titre, que ce n'est pas à l'enfant d'endosser la responsabilité de la décision. Voy. également S. DEGRAVE, « L'audition de l'enfant », J.T., 2012, p. 440.

<sup>140</sup> Également en ce sens UNICEF, rapport *What Do You Think: Égalité des chances à l'école? Voilà ce qu'ils en pensent*, op. cit., p. 5.

<sup>141</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 16 octobre 2002 et Civ. Bruxelles (réf.), 31 octobre 2002, cités, avec la note de N. GALLUS, op. cit.

Nous approuvons la démarche de ce juge, pourtant déjà ancienne, qui a donné une réelle place à l'enfant tout en la laissant à sa place d'enfant, protégeant ainsi ses droits fondamentaux.

D'autres cas de ce genre peuvent être relevés dans la jurisprudence, concernant le choix de l'école ou le choix de la langue de l'enseignement<sup>142</sup>.

«Reconnaître aux enfants ce qui leur revient de droit en leur permettant de participer aux décisions de la société est certainement inaugurer un nouveau contrat social. Celui où les enfants sont devenus, enfin, des personnes à part entière, destinataires certes de prestations, de soins et de protections, mais avant tout détentrices de droits, dont celui de participer est le symbole. Donc des partenaires véritables»<sup>143</sup>. Ce n'est qu'en ce sens que l'enfant pourra être réellement respecté<sup>144</sup>, particulièrement en ce qui concerne les décisions liées à l'école dont il est le premier concerné : n'est-ce en effet pas lui qui doit suivre les cours, lui qui doit se former, lui qui exercera la profession au terme de ses études<sup>145</sup>?

Nadir :

«Franchement, les jeunes, c'est l'avenir du pays. Qu'on leur offre un peu la possibilité de s'exprimer. Parce que maintenant on est que des mineurs et ce sont tes parents qui sont responsables de toi, mais quand ce sont des questions de justice et tout ça, quand c'est pour les jeunes, il faut laisser parler les jeunes et écouter les jeunes.»<sup>146</sup>

## B. L'accès au juge

«En vertu de la protection dont il est l'objet, le mineur ne dispose normalement pas de la capacité d'ester en justice, c'est-à-dire de soutenir seul une action comme demandeur ou défendeur.»<sup>147</sup>

La règle est celle de l'incapacité du mineur et le principe de sa représentation<sup>148</sup>. La loi déroge parfois à cette règle. Quelques décisions de justice

<sup>142</sup> Voy. notamment N. MASSAGER, op. cit., p. 436 qui cite Bruxelles, 9 février 1999, J.T., 2000, p. 150. *Contra*, Civ. Bruxelles (réf.), 12 septembre 1997, cité, avec la note d'A. JONCKHEERE.

<sup>143</sup> M. DOMINICY, « Le droit à la participation des enfants », op. cit., p. 42 qui cite Jean Zermatten.

<sup>144</sup> COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, cit., p. 28.

<sup>145</sup> Voy. en ce sens Liège, 17 décembre 2002, J.L.M.B., 2003/36, p. 1582.

<sup>146</sup> Témoignage issu du rapport de la DGDE, « Mineurs mal accompagnés. Donner la parole aux jeunes », 2011, <http://www.dgde.cfwb.be>.

<sup>147</sup> T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », in P. JADOUL, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBIJCK (dir.), *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, p. 162.

<sup>148</sup> C. DE BOE, op. cit., pp. 485 à 498.

admettent d'autres dérogations<sup>149</sup> : dans certains cas, le juge estime que le souci de protéger l'enfant doit lui autoriser – et non lui interdire – l'accès au prétoire.

Sans approfondir cette question qui dépasse le cadre de cette contribution, nous relevons que plusieurs des actions qui ont été admises sont relatives aux « droits personnels »<sup>150</sup> du mineur capable de discernement<sup>151</sup> parce qu'elles ne peuvent être exercées par autrui<sup>152</sup>. Le juge prend aussi en compte le conflit d'intérêts entre le mineur et ses parents<sup>153</sup> et l'urgence<sup>154</sup>. Admettre de telles actions conduit à autoriser le juge à contrôler l'exercice de l'autorité parentale, ce qui n'était auparavant admis qu'en cas de danger pour l'enfant<sup>155</sup>. Même si certains la qualifient de « paternalisme »<sup>156</sup>, une telle intervention de l'État nous semble inévitable si l'on veut assurer une effectivité aux droits de l'enfant<sup>157</sup>.

Certains auteurs plaident pour que le législateur aille plus loin et reconnaisse au mineur un droit d'agir lorsque ses parents n'intentent pas d'ac-

<sup>149</sup> *Idem*, p. 490; N. MASSAGER, *op. cit.*, pp. 444 à 446; H. PAS, « Kunnen minderjarige kinderen tussenkomen aangaande het ouderlijk gezag en het omgangsrecht in een echtscheidingsprocedure tussen hun ouders? », *T.J.K.* 2007, liv. 1, pp. 36 à 40; J. SAMBON, *op. cit.*, pp. 14 et 15; T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, et références citées; T. ROBERT, « De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige », in *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 37 à 73. Concernant le Conseil d'État, voy. not. C.E., arrêt *Stoquart*, n° 30.985, du 7 octobre 1988; arrêt *Van Eynde et Cellier*, n° 32.054, du 22 février 1989; arrêt *Kuabo Lupoyo Kanye-mesha*, n° 40.185, du 28 août 1992; arrêt XXX, n° 58.166, du 15 février 1996 (implicite); arrêt XXX, n° 89.323, du 18 août 2000 (implicite).

<sup>150</sup> Exemples : le droit à l'aide sociale, le droit à l'instruction, le droit aux aliments. Voy., outre les références déjà citées, V. POULEAU, « Les obligations alimentaires des auteurs à l'égard du mineur », in P. JADOU, J. SAMBON et B. VAN KEIRSBLICK (dir.), *L'autonomie du mineur*, *op. cit.*, pp. 39 et 47; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1631 à 1634; S. VAN RUMST, « Kan je zomaar van school veranderen? », *op. cit.*, p. 200.

<sup>151</sup> T. Moreau plaide, pour sa part, pour l'abandon de cette condition : « Il faut bien en convenir, la détermination du discernement est une question impossible » (« L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, p. 213).

<sup>152</sup> Voy., par exemple, le jugement du Tribunal de première instance de Tournai du 19 décembre 2000 : « L'incapacité relative dont est frappé le mineur doué de discernement ne peut faire obstacle à l'exercice par celui-ci d'actions relatives notamment à des droits qui lui sont personnels » (*J.D.J.*, 2001, n° 206, p. 42; par ex. Code civil, article 203 et CIDE, article 27). Pour d'autres références, voy. C. DE BOE, *op. cit.*, p. 489.

<sup>153</sup> Voy. les références citées par C. DE BOE, *op. cit.*, p. 489 et T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, p. 184.

<sup>154</sup> Voy. par ex., Civ. Liège (réf.), 8 juillet 1986, *J.L.*, 1986, cité par H. BOULARBAH, « La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice », *R.G.D.C.*, 1997, p. 81. Voy. aussi les références citées par T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, p. 182.

<sup>155</sup> T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, pp. 185 et 211.

<sup>156</sup> *Idem*.

<sup>157</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, pp. 1601 et 1608.

tion ou en cas de conflit d'intérêts<sup>158</sup>. D'autres auteurs sont plus réservés. Ils mettent en exergue la difficulté de cerner la notion de « droits personnels » et les risques encourus par celui qui agit en justice<sup>159</sup>.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, a déjà souligné l'importance de l'effectivité de la représentation en justice : « les personnes investies de l'autorité parentale ou ayant la garde du jeune en droit ou en fait peuvent s'abstenir de saisir le tribunal notamment parce qu'elles ont un intérêt contraire à celui du mineur. Dans ce cas, des décisions contraires à l'intérêt de l'enfant resteront sans contrôle juridictionnel », ce qui porte atteinte de manière disproportionnée aux droits du mineur<sup>160</sup>.

Le droit à l'instruction est un droit personnel. Ainsi, dans le contentieux scolaire, si les représentants du mineur n'agissent pas en son nom ou s'ils sont en conflit d'intérêts avec lui, les enfants doivent pouvoir agir eux-mêmes. Plusieurs décisions ont d'ailleurs été rendues en ce sens<sup>161</sup>. Nous en évoquons une, à titre d'illustration.

Une demande en tierce opposition est introduite devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé par une mineure d'âge de 16 ans, qui souhaite changer d'école<sup>162</sup>. Le litige oppose l'enfant et sa mère, qui s'est vu confier « l'administration de sa personne et de ses biens », avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, sur le choix de l'école. L'enfant n'est plus scolarisée depuis le début du mois de septembre, ce qui établit l'urgence, selon le juge<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> Voy. not. S. AUDOORE, « Kinderen zelf naar de rechter? », *T. Fam.*, 2008, pp. 157-159. L'auteur considère le nouvel article 22bis de la Constitution comme un *ancrage-standstill* symbolique des lignes de force des droits de l'enfant, mais plaide pour que le législateur reconnaisse, de manière effective, un droit d'aller devant le juge. Voy. aussi A. VAN DEN BERGHE, « Over deelname van minderjarigen aan gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures », *T.J.K.*, 2007, pp. 27 à 34.

<sup>159</sup> C. DE BOE, *op. cit.* et références citées; S. DEGRAVE, *op. cit.*, p. 440; T. MOREAU, « L'autonomie du mineur en justice », *op. cit.*, p. 184, qui plaide toutefois pour donner à l'enfant une place d'acteur, en le traitant comme un acteur particulier et en faisant du prétoire un « lieu d'apprentissage de l'autonomie en justice pour l'enfant ». « Le droit protectionnel démontre qu'une telle ouverture est théoriquement possible » (*op. cit.*, p. 214). Voy. aussi A. VAN DEN BERGHE, *op. cit.*, p. 34. Cécile De Boe insiste, pour sa part, sur le rôle des parents et, s'ils sont défaillants, sur l'intervention du ministère public ou d'un tuteur *ad hoc* ainsi que sur la possibilité pour le juge d'entendre l'enfant (*op. cit.*, p. 494).

<sup>160</sup> C.C., 18 mars 1998, n° 31/98 et C.C., 21 octobre 1999, n° 114/99.

<sup>161</sup> Voy. notamment dans le cadre d'une exclusion scolaire, C.E., arrêt *Van Eynde et Cellier*, n° 32.054, du 22 février 1989. Voy. également Civ. Louvain (réf.), 16 septembre 2010, *NjW*, 23 mars 2011, pp. 236 et 237 et la note de K. HERBOTS, « Hoorrecht van minderjarigen » : le Tribunal de première instance de Louvain (en référé) a déclaré une intervention volontaire, introduite par un mineur en vue d'être auditionné lors d'un litige entre parents sur le choix de l'école, recevable, en vertu de l'article 12 de la CIDE, (mais non fondée – ce que nous regrettons).

<sup>162</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 3 février 1999, *J.O.J.*, n° 188, octobre 1999, pp. 37 à 40, avec un commentaire d'Alexia Jonckheere.

<sup>163</sup> *Idem*, p. 39.



Deux éléments retiennent notre attention. Le juge admet tout d'abord la capacité à agir du mineur d'âge, « en raison du conflit d'intérêts qui peut exister entre lui-même et son (ou ses) représentant(s), chaque fois que ce recours concerne des droits attachés à sa personne et que son âge permet de présumer qu'il est en mesure de les exercer avec discernement »<sup>164</sup>. Le juge estime que la demanderesse dispose du discernement suffisant et que son droit à l'instruction est en cause. Le second élément à épingle est le fait que, sur le fond, le juge fait droit à la demande, dès lors que les relations entre mère et fille « sont à ce point dégradées qu'il apparaît utopique d'imaginer qu'actuellement l'autorité parentale de la défenderesse puisse encore s'exercer dans l'intérêt de cet enfant, en tout cas en ce qui concerne la question de l'inscription scolaire »<sup>165</sup>. Et le juge de pointer l'intérêt de l'enfant de poursuivre sa scolarité.

L'on peut évidemment regretter que le droit à l'instruction, admis au stade de la recevabilité, n'ait pas été au centre du raisonnement sur le fond<sup>166</sup>. Les juridictions pourraient aujourd'hui se fonder sur les articles 22bis et 24 de la Constitution pour préciser le contenu de l'intérêt de l'enfant sur la base de son droit à l'enseignement.

Cette décision nous semble digne d'intérêt, même si elle ne fait pas encore l'unanimité<sup>167</sup>.

## Conclusion

Les articles 22bis et 24 de la Constitution, combinés avec la Convention relative aux droits de l'enfant, reconnaissent l'enfant comme un sujet de droit, comme un être humain à part entière. Il a certes besoin de protection, mais cette protection doit prendre en compte la personne qu'il devient.

« Au-delà du droit à être protégé, l'enfant est sujet de droits qu'il peut lui-même exercer. Cet apport donne à l'enfant, sur le plan des droits, un présent : il n'est plus seulement un adulte en devenir ni un adulte miniature. Il est un être humain à part entière. [...] Si l'enfant est un être inachevé, n'est-ce pas également le cas de l'adulte ? »<sup>168</sup>

<sup>164</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>166</sup> Voy. dans le même sens A. JONCKHEERE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>167</sup> Voy. Liège, 17 décembre 2002, J.L.M.B., 2003/36, pp. 1577 à 1583. Une mineure avait introduit une tierce opposition dans un contentieux de choix d'école. La recevabilité de cet acte de procédure fut discutée. La Cour d'appel l'a déclaré irrecevable, relevant qu'en l'espèce les intérêts du père et de l'enfant sont parfaitement identiques. Notons qu'en première instance, le tribunal avait déclaré la tierce opposition recevable.

<sup>168</sup> O. LIMET, *op. cit.*, p. 10 qui cite Philippe Meirieu. Voy. également J. KORCZAK, *Le droit de l'enfant au respect*, *op. cit.*, pp. 51 et 110 : « l'enfant ne devient pas un Homme, il en est déjà un ».

Bien entendu, l'enfant doit être accompagné dans son apprentissage pour gagner son autonomie. L'ancrage constitutionnel doit ainsi conduire à renforcer le respect effectif des droits de l'enfant.

Nous pensons ensuite que le respect de l'enfant à l'école implique le respect de son droit à l'instruction, le respect de ses droits fondamentaux au sein de l'école, mais aussi l'apprentissage de ses droits par leur exercice progressif. Nous plaçons résolument pour une école citoyenne et pour une éducation à la citoyenneté. Cette éducation doit permettre à l'enfant de construire son identité et son projet de vie, de manière à se préparer à prendre sa place dans un monde complexe, pluriel et en constante évolution. Comme l'a souligné Francis Delpérée, « l'enfant a le droit d'apprendre à s'émanciper de la famille »<sup>169</sup>. Et nous ajoutons que l'école est un lieu adéquat pour ce travail d'émancipation.

Janusz Korczak invitait les enfants à construire avec persévérance leur projet de vie – un projet « sérieux, austère, solide comme le roc. Qui exige et contraint », mais de le faire à partir de leurs rêves. Et nous terminerons par cette phrase magnifique : « Enfants ! Ayez des projets pleins de noblesse. Faites de grands rêves, rêvez et visez la gloire ! Il en restera toujours quelque chose. »<sup>170</sup>

<sup>169</sup> F. DELPERÉE, « Table ronde – Constitution et famille(s), Compte rendu des discussions et débats », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, p. 412.

<sup>170</sup> J. KORCZAK, *Les règles de la vie. Pédagogie pour les jeunes et les adultes*, *op. cit.*, p. 130, note 1.